

Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.

TRIBUNAL ARBITRAL

**JUAN FERNANDO MARTÍNEZ JARAMILLO Y
MARTHA OMAIRA OLMOS SIERRA
VS
CONSTRUCCIONES PEÑALISA S.A.S.**

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., 16 de enero de 2019

**Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.**

TABLA DE CONTENIDO

PRIMERA PARTE. ANTECEDENTES

- I. EL CONTRATO ORIGEN DE LAS CONTROVERSIAS.
- II. PARTES DEL PROCESO ARBITRAL.
 - 1. Demandante.
 - 2. Demandada.
- III. EL PACTO ARBITRAL.
- IV. PRETENSIONES DE LA DEMANDA.
- V. HECHOS DE LA DEMANDA.
- VI. DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO.
- VII. ACTUACIÓN PROCESAL.
 - 1. Instalación.
 - 2. Admisión de la Demanda y notificación.
 - 3. Contestación de la Demanda.
 - 4. Excepciones de Mérito
 - 5. Traslado de las Excepciones
 - 6. Audiencia de Fijación de gastos y honorarios.
 - 7. Primera audiencia de trámite.
- VIII. INSTRUCCIÓN DEL PROCESO.
 - 1. Prueba documental.
 - 2. Testimonio
 - 3. Declaración de las Partes
 - 4. Interrogatorio de Parte
 - 5. Cierre etapa probatoria.
- IX. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN
 - 1. Alegatos de la Parte Convocante.
 - 2. Alegatos de la Parte Convocada
- X. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO.
- XI. PRESUPUESTOS PROCESALES.

SEGUNDA PARTE. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

**Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.**

I. OBJETO DE LITIGIO

1.- El Contrato

1.1.- Partes.

1.2.- Objeto.

1.3.- Precio y forma de pago

1.4.- Obligación de entrega del inmueble

1.5.- Fecha de cumplimiento de la promesa

2.- Las pretensiones de la parte actora

3.- Argumentos de Defensa de la Parte Convocada

3.1.- Excepción de FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO

3.2.- Excepción de BUSQUEDA DEL MAL MENOR

II.- CONSIDERACIONES SOBRE LA NATURALEZA Y MARCO NORMATIVO DEL CONTRATO

1.- Requisitos Esenciales de la Promesa.

IV.- CONCLUSIÓN DEL TRIBUNAL

V.- JURAMENTO ESTIMATORIO

VI. COSTAS Y CONDUCTA DE LAS PARTES.

TERCERA PARTE. DECISIÓN

Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, dieciseis (16) de enero de dos mil diecinueve (2019)

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal a pronunciar el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral entre **JUAN FERNANDO MARTÍNEZ JARAMILLO Y MARTHA OMAIRA OLMOS SIERRA**, como parte Convocante, y **CONSTRUCCIONES PEÑALISA S.A.S.** como parte Convocada, respecto de las controversias derivadas del Contrato de Promesa de Compraventa de Bienes Futuros – Fideicomiso Peñalisa Reservado No. 10043115691-2, previo un recuento sobre los antecedentes y demás aspectos preliminares del proceso.

PRIMERA PARTE. ANTECEDENTES

I. EL CONTRATO ORIGEN DE LAS CONTROVERSIAS.

Las diferencias sometidas a conocimiento y decisión de este tribunal se derivan del Contrato de Promesa de Compraventa de Bienes Futuros – Fideicomiso Peñalisa Reservado No. 10043115691-2, suscrito entre las partes, cuyo objeto fue: *“El PROMITENTE VENDEDOR, se obliga a transferir a título de compraventa a (a los) PROMITENTE(ES) COMPRADORES(ES), y este (estos) a su vez se obliga(n) a adquirir, el derecho el derecho de dominio y posesión de las siguientes unidades privadas, que se regulará(n) por el sistema de propiedad horizontal, que se construirán en el lote de terreno distinguido en la nomenclatura actual con el número veintiséis cuarenta y uno (26-41) de la Calle décima(10) del Municipio de Ricaurte, Departamento de Cundinamarca en el proyecto que se denominará **PEÑALISA MALL**. La matrícula inmobiliaria del lote en mayor extensión es la No. **307-10655** de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Girardot.*

Los planos de la(s) unidad(es) privada(s) objeto de esta promesa, se anexan a la presente escritura y forman parte integrante de la misma y se firman por las dos partes en señal de aceptación. EL PROMITENTE VENDEDOR radicará ante la autoridad competente el (los)

Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.

plano(s) para su respectiva aprobación los que se serán parte de la(s) unidad(es) privada(s) objeto de esta promesa de compraventa es (son) la(s) siguiente(s):
APARTAMENTO No. 808 con un área total construida de **143.66** metros cuadrados.

PARQUEADERO No. 45 A Y 45 B con un área total construida de **2.50** metros lineales de ancho y **4.40** metros lineales de largo cada uno

MUEBLES: *El apartamento se entregará amoblado y con la dotación básica excluyendo línea blanca es decir neveras lavadoras secadoras etc. Dentro del amueblamiento se incluirá:*

- *Alcobas (camas y mesas de noche)*
- *Comedores (independientes o auxiliares según plano adjunto con sus sillas)*
- *Salas (según plano adjunto)*
- *Mini Split (Aire Acondicionado) en las zonas principales*
- *LCD de 40 pulgadas*

En el evento en que la autoridad que aprueba los planos y expide la respectiva Licencia de Construcción exija que se hagan modificaciones a los mismos, y por esta razón se modifiquen los planos, nomenclatura y/o áreas. El (los) PROMITENTE(S) COMPRADOR(ES) acepta(n) desde ahora la(s) modificación(es) que se le hagan a la(s) unidad(es) privada(s) por esta causa.

*Por lo anterior, el plano del inmueble apartamento 808 formara parte integral del presente contrato, así como las eventuales modificaciones resultantes de requerimiento de autoridad competente y/o necesidades técnicas y arquitectónicas del **PROMITENTE VENDEDOR**, notificadas a los **PROMITENTES COMPRADORES**."*

II. PARTES DEL PROCESO ARBITRAL.

1. Demandante.

La parte convocante la componen los señores **JUAN FERNANDO MARTÍNEZ JARAMILLO y MARTHA OMAIRA OLMOS SIERRA**, personas naturales, identificadas con la cédulas de ciudadanía No.70.126.130 y 32.492.255, respectivamente, con domicilio en Cajicá Cundinamarca.

Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.

2. Demandada.

La parte convocada es **CONSTRUCCIONES PEÑALISA S.A.S.**, sociedad comercial, constituida mediante documento privado en Bogotá el 3 de diciembre de 2013, Nit. 900.679.765-5.

También fue demandada la sociedad **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.**, pero mediante Auto de fecha 21 de agosto de 2018 (Acta No. 8), el Tribunal declaró su falta de competencia para conocer el asunto en relación con esta sociedad.

III. EL PACTO ARBITRAL.

El pacto arbitral con base en el cual se convocó a este Tribunal de Arbitraje es la cláusula compromisoria que obra en el Contrato de Promesa de Compraventa de Bienes Futuros – Fideicomiso Peñalisa Reservado No. 10043115691-2, la cual establece lo siguiente: (Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 42)

***“DECIMA SEGUNDA - CLAUSULA COMPROMISORIA:** Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, a su ejecución, o liquidación, se resolverá por un Tribunal Institucional de arbitramento integrado por un arbitro designado por el Director del Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio Bogotá. El tribunal se sugetará en su funcionamiento a las disposiciones legales, al reglamento adoptado por el centro mencionado, funcionará allí y el árbitro resolverá las diferencias en derecho”*

IV. PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

La Demanda Arbitral: El tres (03) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) los señores **JUAN FERNANDO MARTÍNEZ JARAMILLO y MARTHA OMAIRA OLMOS SIERRA**, a través de apoderado judicial, presentó demanda arbitral para resolver las diferencias surgidas con la **CONSTRUCCIONES PEÑALISA S.A.S.**, (Folios 1 al 14 del Cuaderno Principal) la que fue subsanada el día diecinueve (19) de enero de dos mil dieciocho (2018), (folios 112 al 119 del

Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.

Cuaderno Principal) que persigue el acogimiento de las siguientes Pretensiones:

1. *“Que se declare que la sociedad construcciones Peñalisa sas, incumplió el contrato promesa de compraventa de bienes futuros fideicomiso Peñalisa reservado No 10043115691-2 y sus otros sí celebrando el 14 de octubre de 2014 y sus otrosí celebrados el 2 de febrero de 2015 y el 6 de julio de 2015.*
2. *Como consecuencia de lo anterior, se le devuelvan a las convocantes las sumas entregadas a la constructora que ascienden a la suma de \$155.000.000 y los perjuicios que resulten en favor de los convocantes y que aparezcan debidamente probados en el proceso.*
3. *Que teniendo en cuenta que los dineros entregados se hicieron en el año 2015, se actualicen las condenas que resulten a favor de las convocantes, actualizando el IPC, el valor del dinero desde dicha fecha hasta la ejecutoria del laudo o subsidiariamente, con el IPC que resulte procedente según el tribunal.*
4. *Que respecto de cualquier suma que resulte en el laudo arbitral, en favor de los convocantes, se decreten, a partir de la ejecutoria del mismo, intereses moratorios a la tasa más alta autorizada, con las precisiones que a continuación se solicitan:*
 - A. *Que en caso de que se interponga el recurso de anulación contra el laudo arbitral favorable a las pretensiones de esta demanda, se disponga que debe pagarse a las convocantes intereses moratorios desde el día siguiente al termino establecido en el artículo 40 de la ley 1563 de 2012, esto es con independencia a la interposición de dicho recurso*
5. *Que se condene a las convocadas a pagar todas las costas del proceso y las agencias en derecho”*

V. HECHOS DE LA DEMANDA.

Las mencionadas Pretensiones de la solicitud de convocatoria se presentan con el apoyo narrativo de veinte (20) Hechos (folios 2 y 3 del Cuaderno Principal) que a la letra dicen:

1. *“El 14 de octubre de 2014, los convocantes Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra firmaron contrato de promesa de compraventa de bienes*

Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.

futuros, con la sociedad construcciones Peñalisa S.A.S. representada por el señor Luis Hernando Díaz en calidad de promitentes compradores.

- 2. Que el proyecto apartamento Peñalisa reservado, sometido al contrato de encargo fiduciario de administración e inversión con sus derechos y obligaciones fueron cedidas por parte de global construcción s.a a construcciones Peñalisa mall, sas. , por lo cual en el contrato promesa de compraventa, esta sociedad actuó como promitente vendedora.*
- 3. El objeto del contrato radicó en la venta de un apartamento (sobre planos) # 808 con un área total de 143.66mts y los aparcaderos 45ª y 45B con un área total de 2.50mtrs lineales de ancho y 4.50mts lineales de largo cada uno. Dicho apartamento se entregara amoblado y con la dotación básica así: Alcobas: (camas y mesas de noche). Comedores independientes o auxiliares según planos adjuntos. minisplit (aire acondicionado) en las zonas principales.
LCD de 40 pulgadas.*
- 4. El proyecto se desarrollara, en un predio de mayor extensión, ubicado en el municipio de Ricaurte Cundinamarca con una extensión de 22.730.33 mts, el que además sería sometido al régimen de propiedad horizontal, folio matriz 307-10655 de la oficina de registro de Girardot.*
- 5. Dicho inmueble se entregaría con servicios de acueducto, alcantarillado, recolección de basuras, energía eléctrica, y gas natural.*
- 6. La titularidad del derecho de dominio lo ostenta alianza fiduciaria s.a como vecero del patrimonio autónomo fideicomiso Peñalisa hotel, como consta en la E.P. 3,382 del 26 de noviembre de 2012 de la notaria 42 de Bogotá debidamente registrada.*
- 7. El precio acordado fue la suma de \$591.304.560 discriminado así:*

<i>Apartamento 808</i>	<i>\$571.304.560</i>
<i>Aparcaderos 45ª y 45B</i>	<i>\$ 20.000.000</i>
	<i>-----</i>

Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.

TOTAL 591.304.560

La forma de pago pactada fue la siguiente (anexo copia de promesa y otro si del 2 de febrero de 2015.)

8. *La forma de pago se haría mediante consignaciones en cualquiera de los bancos autorizados por alianza fiduciaria sa. utilizando para ello tarjeta recaudadora.*
9. *Se pactó como arras de retracto el 15% del precio, las que se volverían arras como parte del precio al firmarse la escritura pública de compraventa.
De igual manera se pactó que la firma de la escritura pública, se haría el día 20 de noviembre de 2015 a las 8am, en la notaria 26 de Bogotá y la entrega se haría el día de la firma de la escritura pública de compraventa.*
10. *Las partes renunciaron a cualquier requerimiento judicial o extrajudicial en caso de mora.*
11. *Las partes acordaron la cláusula compromisoria, la que es del siguiente tenor: “decima segunda: toda controversia o diferencia negativa a este contrato, a su ejecución o liquidación relativa a este contrato, a su ejecución o liquidación se resolverá por un tribunal institucional de arbitramento integrado por un árbitro designado por el director del centro de arbitraje, conciliación y amigable composición de la cámara de comercio de Bogotá. El tribunal se sujetara en su funcionamiento a las disposiciones legales del reglamento adoptado por el centro mencionado, funcionara allí y el árbitro resolverá las diferencias en derecho.”*
12. *El 2 de febrero de 2015, las partes modifican la promesa de compraventa en las clausulas quinta sexta y séptima fideicomiso Peñalisa reservado 10043115691-2.*

Quinta – copiar- precio Sexta – copiar – firma de e.p Séptimo- entrega- copiar
13. *El 6 de julio de 2015, las partes incluyen una cláusula adicional, en el sentido de informar la prórroga del encargo del encargo fiduciario con alianza fiduciaria sa.*

Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.

14. *El 24 de noviembre de 2015 dos circunstancias hacen que las convocantes informen a los convocados su deseo de no continuar con el negocio a saber.
La primera el atraso tan grande en el desarrollo del proyecto y la segunda porque Juan Fernando Martínez, quien ocupaba un alto cargo en la agencia nacional de hidrocarburos, por los vaivenes de la política, se le solicitó la renuncia, lo que originó el quedar desempleado, situación no imputable al convocante, lo que pone en conocimiento de Construcciones Peñalisa S.A.S. Y solicita la devolución de los dineros ya que estos fueron habidos con un préstamo de Cavipetrol los que deben ser devueltos.*
15. *radicada la carta anterior, es respondida por la sociedad 3 meses después, el 10 de febrero de 2016, en donde se le informa que debe aportar “todos los documentos soportes en las que se evidencia la situación descrita por usted, lo anterior para verificar la calamidad o fuerza mayor descrita”.*
16. *El 15 de febrero de 2016 Juan Fernando Martínez adjunta los soportes (resolución #23 del 9 de abril de 2015) solicitados por la constructora.*
17. *El 16 de mayo de 2016, la sociedad constructora manifiesta que dará aplicación a la cláusula de arras de retracto sin mayor explicación ni teniendo en cuenta lo advertido por los convocantes.*
18. *Desde esa fecha, la constructora no volvió a manifestarse, se hicieron innumerables llamadas y sí Cavipetrol ha requerido al convocante para la devolución de \$155.000.000 que desembolsó y que Juan Fernando ha venido pagando mediante descuento que le hacen de su pensión y sí lucrarse la sociedad constructora con el dinero.*
19. *El proyecto está muy atrasado, el incumplimiento es manifiesto*
20. *Se han intentado hablar con la fiduciaria, pero ha sido imposible, no dan citas, ni reciben a nadie”*

Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.

VI. DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO.

Mediante Acta de fecha veinte (20) de diciembre de 2017 (Folios 46 y 47 del *Cuaderno Principal*) las partes de común acuerdo nombraron de la lista oficial del Centro de arbitraje al abogado **OSCAR YEZID IBAÑEZ PARRA** como árbitro único para integrar este Tribunal, de lo cual fue informado por el Centro de Arbitraje, ante quien manifestó oportunamente la aceptación de su cargo.

VII. ACTUACIÓN PROCESAL.

1. Instalación.

Previas las citaciones surtidas de conformidad con lo establecido en la ley, el Tribunal se instaló el 11 de enero del 2018 en sesión realizada en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en donde fijó su sede (Acta N° 1, folios 106 a 110 del Cuaderno Principal). En la misma audiencia se inadmitió la demanda y se designó como Secretaria a la doctora **LYDA MERCEDES CRESPO RÍOS**, quien aceptó su cargo dentro del término legal.

2. Admisión de la Demanda y notificación.

Una vez subsanada oportunamente la demanda arbitral, se admitió mediante Auto del 26 de enero de 2018 (Acta No. 2). La Secretaria designada, una vez surtido el trámite previsto en el artículo 15 de la ley 1563 de 2012, tomó posesión ante el Tribunal y surtió la notificación personal a la parte demandada el 20 de febrero de 2018, quien recibió en debida forma copia de la Demanda, de la subsanación, con todos sus anexos.

3. Contestación de la Demanda.

El día 21 de marzo del 2018, las sociedades Convocadas contestaron la demanda, se opusieron a las pretensiones de la misma, formularon excepciones de fondo, solicitaron el decreto y práctica de pruebas y ALIANZA FIDUCIARIA S.A. se opuso al juramento estimatorio (folios 123 al 144 del Cuaderno principal).

**Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.**

4. Excepciones de Mérito formuladas por la parte Convocada contra la Demanda.

La sociedad Convocada en la contestación de la Demanda, formuló las excepciones de mérito: (i) Fuerza mayor o caso fortuito; y (ii) Búsqueda del mal menor.

5. Traslado de las Excepciones

El día dieciséis (16) de abril de dos mil dieciocho (2018), por secretaría se corrió traslado de las Excepciones contenidas en la Contestación de la Demanda. El apoderado de la parte demandante recorrió dentro del término este traslado el día 16 de abril de 2018 (folios 147 a 149 del Cuaderno Principal).

6. Audiencia de Fijación de gastos y honorarios.

El 2 de mayo del 2018, se celebró la audiencia de conciliación en la cual las partes no llegaron a acuerdo conciliatorio alguno; por tal razón, el Tribunal fijó las sumas correspondientes a honorarios y gastos que fueron oportuna e íntegramente pagadas por la parte convocante tal como consta en el informe rendido por el árbitro único. (Folios 155 a 158 del Cuaderno Principal).

7. Primera audiencia de trámite.

El veintiuno (21) de agosto de dos mil dieciocho (2018) se surtió la primera audiencia de trámite, en la que se dio cumplimiento a las formalidades previstas en el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012; en ella el tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre JUAN FERNANDO MARTÍNEZ JARAMILLO Y MARTHA OMAIRA OLMOS SIERRA de una parte y CONSTRUCCIONES PEÑALISA S.A.S., de la otra, respecto de las controversias derivadas Contrato de Promesa de Compra-venta de Bienes Futuros – Fideicomiso Peñalisa Reservado No. 10043115691-2 con fundamento en la Cláusula Compromisoria contenida en el mismo. En relación con la sociedad inicialmente demandada ALIANZA FIDUCIARIA S.A., el Tribunal no se declaró competente por cuanto (i) esta sociedad no es parte del contrato que da origen a este proceso; (ii) no le son extensivos los efectos de

Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.

la cláusula compromisoria y (iii) su relación con las partes pende exclusivamente en su calidad de representante del Patrimonio Autónomo denominado **Fideicomiso Peñalisa Reservado**, por cuanto no es signataria del contrato objeto de este arbitraje.

En la misma audiencia, el Tribunal fijó el término de duración del proceso arbitral en seis meses, profiriendo a continuación el auto de decreto de pruebas, señaló fechas para la práctica de las diligencias y así mismo declaró finalizada la primera audiencia de trámite. Dichas decisiones se notificaron a las partes en estrados y contra ellas no se interpuso recurso alguno (Acta No. 8, folios 159 a 163 del Cuaderno Principal)

VIII. INSTRUCCIÓN DEL PROCESO.

El Tribunal Arbitral practicó las pruebas solicitadas por ambas partes que fueron decretadas y no desistidas.

1. Prueba documental.

Con el valor legal que la ley les confiere, fueron agregados al expediente los documentos aportados por las partes al proceso que se relacionan en la Demanda y su contestación y que obran a folios 001 y 166 del Cuaderno de Pruebas.

Teniendo en cuenta que ninguno de los documentos aportados al proceso fue tachado de falso, el Tribunal reconoce el carácter de auténticos, de los documentos aportados con la demanda y su contestación motivo por el cual se considera que en derecho corresponde darles pleno valor probatorio a los documentos aportados.

2. Testimonio

Fue practicado el testimonio, decretado de oficio, de la señora BLEIDY JOHANNA PORTELA, en calidad de Representante Legal para asuntos judiciales de ALIANZA FIDUCIARIA S.A. (Acta No. 11 del 2 de octubre de 2018, folios 168 al 170 del Cuaderno Principal), sus preguntas se recibieron mediante sistema de grabación, cuya transcripción obra en el expediente (Folios 196 al 209 del Cuaderno de Pruebas)

Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.

3. Declaración de las Partes

Bajo el rito del artículo 198 del C.G.P, fue practicada la declaración de las partes, solicitado por la parte convocante, de los señores **JUAN FERNANDO MARTÍNEZ JARAMILLO Y MARTHA OMAIRA OLMOS SIERRA**. (Acta No. 11 del 2 de octubre de 2018, folios 168 al 170 del Cuaderno Principal), sus preguntas se recibieron mediante sistema de grabación, cuya transcripción obra en el expediente (Folios 196 al 209 del Cuaderno de Pruebas)

4. Interrogatorio de Parte

Por solicitud de la parte convocante, se decretó el Interrogatorio de parte al Representante Legal Construcciones Peñalisa SAS, el cual después de dos aplazamientos de la diligencia, se fijó finalmente para el día 2 de octubre de 2018, fecha en la cual no asistió el interrogado y transcurrido el término de que trata el artículo 204 del C.G.P., no presentó excusa por su inasistencia.

El apoderado de la parte convocante presentó en sobre cerrado las preguntas que habría de hacer en el interrogatorio para las consecuencias de ley, las cuales serán valoradas en la parte motiva de este laudo.

5. Cierre etapa probatoria.

Por haberse practicado la totalidad de las pruebas, se cerró la etapa probatoria fijandose fecha para surtir la audiencia de alegatos de conclusión mediante auto de fecha 22 de octubre de 2018 (Acta No. 12, folio 169 del Cuaderno Principal).

IX. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Recaudado así el acervo probatorio, el Tribunal en audiencia del 29 de octubre de 2018 realizó la audiencia de alegaciones finales. En ella los apoderados de las partes convocante formularon sus planteamientos de manera verbal y la parte convocante además por escrito entregando memorial que forma parte del expediente (Acta N° 13, folios 173 y 174 del Cuaderno Principal).

Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.

1. Alegatos de la Parte Convocante.

En sus alegatos la parte Convocante expuso concretamente los puntos materia de la controversia sometida a la decisión del Tribunal, frente a lo cual presentó las siguientes conclusiones:

“El 21 de marzo de 2018, la parte convocada da contestación a la demanda y en ella no se encuentra un solo argumento que refute los hechos y las pretensiones y propone excepciones de mérito o fondo, que valga la pena comentar, no pueden prosperar en razón a que la fuerza mayor o caso fortuito debe probarse por quien la alega en términos del Art. 64 del C.C., cosa que de ninguna manera lo hizo; y novedoso resulta, que el abogado de la parte convocante de entrada, diga que su cliente no va a pagar así se tenga una condena en contra de la constructora.

La corte ha sostenido que el que goza de una presunción legal o de derecho tiene mucho ganado en el terreno de las pruebas judiciales, y dando aplicación al Art. 205 del C.G.P. el representante legal de la parte convocada no asistió al interrogatorio decretado por el tribunal ni tampoco se excusó dentro del termino legal para hacerlo, y las preguntas escritas formuladas asertivas todas susceptibles de confesión, encuadran en la presunción prevista en la norma citada.

Así las cosas, es claro el incumplimiento de la constructora y la obligación de devolver los dineros adeudados de acuerdo a las pretensiones solicitadas por la convocante. En grado de certeza está probado el incumplimiento y por lo tanto, es de imperiosa conclusión que honorable tribunal nos dé la razón y condene a la parte convocada en los términos de la demanda.”

2. Alegatos de la Parte Convocada.

La parte Convocada igualmente extractó en sus alegaciones los aspectos más relevantes desde su punto de vista:

Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.

X. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO.

Conforme lo dispuso el tribunal al asumir competencia, el término de duración de este proceso es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, según lo dispone el artículo 10 de la Ley 1563 de 2.012.

La primera audiencia de trámite inició y finalizó el veintiuno (21) de agosto de dos mil dieciocho (2018) (Acta No. 8), el proceso no tuvo suspensiones, razón por la cual el término de duración del trámite se cumple el día el veintiuno (21) de febrero de dos mil diecinueve (2019), encontrándose en oportunidad legal el Tribunal para proferir en el Laudo en la fecha.

XI. PRESUPUESTOS PROCESALES.

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos indispensables para la validez del proceso arbitral y que las actuaciones procesales se desarrollaron con observancia de las previsiones legales; no advierte causal alguna de nulidad y, por ello, puede dictar Laudo de mérito, el cual se profiere en derecho. En efecto, de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal se estableció:

1.- Demanda en forma. La Demanda inicial subsanada cumple los requisitos formales exigidos; por ello, en su oportunidad, el Tribunal las sometió a trámite.

2.- Competencia. Conforme se declaró mediante auto del veintiuno (21) de agosto de dos mil dieciocho (2018), proferido en la primera audiencia de trámite, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre las partes de este arbitraje.

3.- Capacidad. Tanto la Convocante como la Convocada son sujetos plenamente capaces para ser parte y para comparecer al proceso.

4.- Nulidades sustanciales. El Tribunal tampoco observa la existencia de alguna causal de invalidez para decretar la nulidad del “Contrato de Promesa de Compraventa de Bienes Futuros – Fideicomiso Peñalisa Reservado No. 10043115691-2”

Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.

La audiencia de Laudo se fijó mediante auto proferido en la audiencia del 29 de octubre de 2018), para el día lunes diecisiete (17) de diciembre del mismo año, y se aplazó posteriormente para el miércoles diecinueve (19) de diciembre de 2018.

SEGUNDA PARTE. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

I. OBJETO DE LITIGIO

1.- El Contrato

El 14 de octubre de 2014 fue suscrito por las partes ahora en conflicto, el documento que contiene el contrato de promesa de compraventa Contrato de Promesa de Compraventa de Bienes Futuros – Fideicomiso Peñalisa Reservado No. 10043115691-2.

El contrato tiene todos los requisitos de existencia y validez, siendo sus cláusulas principales, para los efectos de lo que se discute en este proceso arbitral, las siguientes:

1.1.- Partes. Lo son las mismas que actúan como convocante y convocada en este proceso arbitral.

1.2.- Objeto. *(clausula primera) El objeto del Contrato fue que “**EL PROMITENTE VENDEDOR**, se obliga a transferir a titulo de compraventa a (a los) **PROMITENTE(ES) COMPRADORES(ES)**, y este (estos) a su vez se obliga(n) a adquirir, el derecho el derecho de dominio y posesión de las siguientes unidades privadas, que se regulará(n) por el sistema de propiedad horizontal, que se contruirán en el lote de terreno distinguido en la nomenclatura actual con el número veintiséis cuarenta y uno (26-41) de la Calle décima(10) del Municipio de Ricaurte, Departamento de Cundinamarca en el proyecto que se denominará **PEÑALISA MALL**. La matrícula inmobiliaria del lote en mayor extensión es la No. **307-10655** de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Girardot.*

*Los planos de la(s) unidad(es) privada(s) objeto de esta promesa, se anexan a la presente escritura y forman parte integrante de la misma y se firman por las dos partes en señal de aceptación. **EL PROMITENTE VENDEDOR** radicará ante la autoridad*

Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.

competente el (los) plano(s) para su respectiva aprobación los que se serán parte de la(s) unidad(es) privada(s) objeto de esta promesa de compraventa es (son) la(s) siguiente(s):

APARTAMENTO No. 808 con un área total construida de 143.66 metros cuadrados.

PARQUEADERO No. 45 A Y 45 B con un área total construida de 2.50 metros lineales de ancho y 4.40 metros lineales de largo cada uno

MUEBLES: *El apartamento se entregará amoblado y con la dotación básica excluyendo línea blanca es decir neveras lavadoras secadoras etc. Dentro del amueblamiento se incluirá:*

- *Alcobas (camas y mesas de noche)*
- *Comedores (independientes o auxiliares según plano adjunto con sus sillas)*
- *Salas (según plano adjunto)*
- *Mini Split (Aire Acondicionado) en las zonas principales*
- *LCD de 40 pulgadas*

En el evento en que la autoridad que aprueba los planos y expide la respectiva Licencia de Construcción exija que se hagan modificaciones a los mismos, y por esta razón se modifiquen los planos, nomenclatura y/o áreas. El (los) PROMITENTE(S) COMPRADOR(ES) acepta(n) desde ahora la(s) modificación(es) que se le hagan a la(s) unidad(es) privada(s) por esta causa.

*Por lo anterior, el plano del inmueble apartamento 808 formara parte integral del presente contrato, así como las eventuales modificaciones resultantes de requerimiento de autoridad competente y/o necesidades técnicas y arquitectónicas del **PROMITENTE VENDEDOR**, notificadas a los **PROMITENTES COMPRADORES**."*

1.3.- Precio y forma de pago (cláusula quinta). Se estableció el precio en la suma de **\$591.304.560.00**, pagaderos en la siguiente forma:

- La suma de \$295.652.284.00 mediante 17 cuotas de \$16.661.691 pagaderas mensualmente a partir de mayo de 2014 hasta octubre de 2015.

Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.

- El saldo final la suma de \$295.652.276 por lo menos una semana antes de la fecha de la firma de la escritura pública de compraventa.

Mediante otrosí de fecha 2 de febrero de 2015, se cambió el precio al valor de **\$582.504.560.00**

Los citados pagos se harían mediante consignaciones en cualquiera de los bancos autorizados por alianza fiduciaria S.A. utilizando para ello tarjeta recaudadora.

1.4.- Obligación de entrega del inmueble (cláusula séptima). Se pactó que se efectuaría el 20 de noviembre de 2015, mediante otrosí de fecha 2 de febrero de 2015, se cambió esta fecha para el 20 de junio de 2016.

1.5.- Fecha de cumplimiento de la promesa con la firma de la correspondiente escritura de compraventa (Décima). Se estableció el día 20 de noviembre de 2015, a las 8:00 A.M. en la Notaría Veintiséis del Círculo de Bogotá. Término que el promitente vendedor podía ampliar hasta por un año en caso de que por hechos no imputables al vendedor, este no haya podido construir totalmente el proyecto.

El anterior contrato y sus otrosíes están debidamente suscritos en firmas manuscritas originales por las partes contratantes sin que hubiere sido tachado, rechazado u objetado por la parte demandada, lo cual ofrece total credibilidad y mérito probatorio a este Tribunal en cuanto su existencia, autenticidad, clausulado y contenido.

2.- Las pretensiones de la parte actora

“1.- Que se declare que la sociedad construcciones Peñalisa sas, incumplió el contrato promesa de compraventa de bienes futuros fideicomiso Peñalisa reservado No 10043115691-2 y sus otros sí celebrando el 14 de octubre de 2014 y sus otrosí celebrados el 2 de febrero de 2015 y el 6 de julio de 2015.

Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.

2.- Como consecuencia de lo anterior, se le devuelvan a las convocantes las sumas entregadas a la constructora que ascienden a la suma de \$155.000.000 y los perjuicios que resulten en favor de los convocantes y que aparezcan debidamente probados en el proceso.

3.- Que teniendo en cuenta que los dineros entregados se hicieron en el año 2015, se actualicen las condenas que resulten a favor de las convocantes, actualizando el IPC, el valor del dinero desde dicha fecha hasta la ejecutoria del laudo o subsidiariamente, con el IPC que resulte procedente según el tribunal.

4.- Que respecto de cualquier suma que resulte en el laudo arbitral, en favor de los convocantes, se decreten, a partir de la ejecutoria del mismo, intereses moratorios a la tasa más alta autorizada, con las precisiones que a continuación se solicitan:

5.- Que en caso de que se interponga el recurso de anulación contra el laudo arbitral favorable a las pretensiones de esta demanda, se disponga que debe pagarse a las convocantes intereses moratorios desde el día siguiente al termino establecido en el artículo 40 de la ley 1563 de 2012, esto es con independencia a la interposición de dicho recurso

6.- Que se condene a las convocadas a pagar todas las costas del proceso y las agencias en derecho.”

En la subsanación de la demanda, la parte convocante corrigió la pretensión No. 2 en el sentido de manifestar que la suma entregada por los compradores a la constructora ascendió a **\$184.065.228**, valor que se probó con los soportes correspondientes y de la cual se solicita la devolución.

3.- Argumentos de Defensa de la Parte Convocada

En relación con las excepciones de merito formuladas por la parte convocada, el Tribunal considera:

3.1. Excepción de FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO

Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.

Aduce la convocada que las razones relacionadas con (i) la falta de financiación del proyecto y (ii) la decisión posterior de construir un segundo sótano, generaron el retraso en el desarrollo del proyecto y son razones completamente ajenas a la constructora que no le era previsible su ocurrencia para anticiparse a las mismas.

No se considera fundada esta excepción invocada por la parte demandada en cuanto, a juicio del tribunal, fueron completamente previsibles las razones incoadas como causas del incumplimiento configurándose como una falta de organización y planeación de la constructora quien, en últimas, su obligación global era sacar adelante el proyecto en desarrollo de su objeto social.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 29 de abril de 2005, magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo en el expediente N° 0829-92, refiriéndose a los hechos que constituyen fuerza mayor o caso fortuito:

“(…)

No se trata entonces, per se, de cualquier hecho, por sorpresivo o dificultoso que resulte, sino de uno que inexorablemente reúna los mencionados rasgos legales, los cuales, por supuesto, deben ser evaluados en cada caso en particular –in concreto-, pues en estas materias conviene proceder con relativo y cierto empirismo, de modo que la imprevisibilidad e irresistibilidad, in casu, ulteriormente se juzguen con miramiento en las circunstancias específicas en que se presentó el hecho a calificar, no así necesariamente a partir de un frío catálogo de eventos que, ex ante, pudiera ser elaborado en abstracto por el legislador o por los jueces, en orden a precisar qué hechos, irrefragablemente, pueden ser considerados como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito y cuáles no.

Justamente sobre este particular, bien ha precisado la Sala en jurisprudencia uniforme, que “la fuerza mayor no es una cuestión de clasificación mecánica de acontecimientos” (sent. 145 de 7 de octubre de 1993); por eso, entonces, “la calificación de un hecho como fuerza mayor o caso fortuito, debe efectuarse en cada situación específica, ponderando las circunstancias (de tiempo, modo y lugar) que rodearon el acontecimiento –acompañadas con las del propio agente-” (Sent. 078 de 23 de junio de 2000), sin que un hecho pueda “calificarse fatalmente,

Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.

por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito” (cas. civ. de 20 de noviembre de 1989; cfme: sent. 087 de 9 de octubre de 1998).

Según el artículo 1 de la Ley 95 de 1890, la fuerza mayor o caso fortuito se configura por la concurrencia de dos factores: a) que el hecho sea imprevisible, esto es, que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia. Por el contrario, si el hecho razonablemente hubiera podido preverse, por ser un acontecimiento normal o de ocurrencia frecuente, tal hecho no estructura el elemento imprevisible; y b) Que el hecho sea irresistible, o sea, que el agente no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias. En este preciso punto es indispensable anotar la diferencia existente entre la imposibilidad para resistir o superar el hecho y la dificultad para enfrentarlo. Porque un hecho no constituye caso fortuito o fuerza mayor, por la sola circunstancia de que se haga más difícil o más onerosa de lo previsto inicialmente. 7. Según el verdadero sentido o inteligencia del artículo 1º de la Ley 95 de 1890, los elementos integrantes del caso fortuito o fuerza mayor, antes reseñados, deben ser concurrentes, lo cual se traduce en que si el hecho o suceso ciertamente es imprevisible pero se le puede resistir, no se da tal fenómeno, como tampoco se configura cuando a pesar de ser irresistible pudo preverse. De suerte que la ausencia de uno de sus elementos elimina la estructuración del caso fortuito o fuerza mayor.(...)”. Precisamente la jurisprudencia nacional, teniendo en cuenta lo que se acaba de afirmar y los hechos que señala la ley como ejemplos de caso fortuito o fuerza mayor, ha afirmado que "el naufragio, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad, propuestos por el artículo citado (1º. De la Ley 95 de 1890), como ejemplos de casos fortuitos, no son siempre y en todo evento causas de irresponsabilidad contractual. Eso depende de las circunstancias y del cuidado que haya puesto el deudor para prevenirlos. Si el deudor a sabiendas se embarca en una nave averiada, que zozobra; si temerariamente se expone a la acción de sus enemigos o comete faltas que lo coloquen a merced de la autoridad; o no toma las medidas adecuadas que hubieran evitado la inundación de su propiedad, sin embargo de que se cumple un acontecimiento por naturaleza extraño o dominador, no configuraría [sic] un caso fortuito." (Sentencia de 31 de agosto de 1942, G.J. No. 1989. Pág. 376)..."

Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.

3.2.- Excepción de BUSQUEDA DEL MAL MENOR

Mediante este medio de defensa la constructora manifiesta que se encuentra haciendo todos los esfuerzos para sacar adelante el proyecto y solicita al Tribunal se le otorgue un plazo de 60 días hábiles para buscar las mejores alternativas para salvar y continuar con el proyecto. Las excepciones se definen como hechos nuevos traídos al proceso por el demandado que buscan enervar parcial o totalmente las pretensiones del demandante. A juicio del Tribunal este argumento formulado como BUSQUEDA DEL MAL MENOR claramente no es una excepción y debió formularse por el demandado mediante otro mecanismo legal, razón por la cual no se ahondará en mayores análisis sobre el particular.

Por las razones expuestas el Tribunal no encuentra fundamentos para la prosperidad de las pretensiones formuladas y así lo consignará en la parte resolutoria de este Laudo.

II.- CONSIDERACIONES SOBRE LA NATURALEZA Y MARCO NORMATIVO DEL CONTRATO

El Art. 1495 del CC establece que *“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.”*

El contrato es la categoría más amplia de la autonomía privada o del negocio jurídico, mediante el cual los contratantes disponen de su propia esfera jurídica, mediante una manifestación de voluntad para crear, extinguir o modificar relaciones jurídicas principalmente de carácter patrimonial, dentro de los parámetros de capacidad legal, consentimiento exento de vicios, causa lícita y objeto lícito.

Para el presente caso tenemos que el incumplimiento que se demanda por parte del Actor es sobre el contrato de promesa de compraventa también llamado preparatorio o preliminar para la suscripción del contrato principal o definitivo (Compraventa) y que dicho contrato de carácter bilateral debe ser hecho en la misma forma prescrita para el contrato definitivo y su objetivo es que las partes se comprometen en la celebración posterior de un negocio jurídico concluyente, aspecto que encarna una obligación de hacer.

Doctrinariamente se ha establecido que la promesa de compraventa subsiste mientras no se realiza la escritura pública de venta que lo perfecciona, lo anterior, por cuanto la promesa ,

Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.

solo es un acto preparatorio de otro negocio jurídico diferente, al respecto la Corte Suprema de justicia en sentencia del 14 de Julio de 1998 dijo lo siguiente:

“Concretamente la Corte en la sentencia del 13 de Noviembre de 1981 , luego de anotar que unos mismos principios orientan los contratos de promesa de compraventa civil y mercantil, acoto que no obstante la con sensualidad que en aquella ocasión se dejo por averiguada , el contrato de linaje mercantil debe fijar la época precisa en que ha de celebrarse la convención prometida , porque siendo el contrato de promesa un instrumento o contrato preparatorio de un negocio jurídico diferente, tiene un carácter transitorio o temporal , característica esta, que hace indispensable , igualmente la determinación o especificación en forma completa e inequívoca del contrato prometido, individualizándolo en todas sus partes por los elementos que lo integran.

...Ahora bien, teniendo en cuenta que las obligaciones reclamadas de la promesa de celebrar un contrato no pueden confundirse con las que provienen del contrato al que la promesa se refiere, una vez celebrado como quiera que la primera tan solo genera para los estipulantes de ella, como única obligación propia, la de concurrir al perfeccionamiento del contrato prometido ; pero cómo es posible y muy frecuente que los promitentes contratantes no solamente se comprometan a celebrar un contrato, sino que también pacten en la promesa otras obligaciones, esas si características del contrato futuro , que hubiesen tenido anticipado y cabal cumplimiento, cada uno deberá restituir lo que hubiese dado o recibido en razón de tales obligaciones, pero no como consecuencia directa de la nulidad de la promesa, sino como resultado del malogrado pacto prometido celebrar, que al frustrarse deja sin piso o fundamento el cumplimiento de las prestaciones pactadas anticipadamente...”(Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil, Sent 03 de Diciembre de 1992).

Los contratos preparatorios contienen una prestación de "hacer" consistente en celebrar el contrato prometido y muy eventualmente producen una obligación de dar, como la derivada del pacto de arras; su finalidad es doble: Consentir de inmediato en el objeto íntegro del contrato, y posponer el consentimiento para formar éste y celebrar con posterioridad el futuro del contrato. En consecuencia el contrato preparatorio no tiene un fin último en sí mismo. (Fernando Fueyo Lanieri, Derecho Civil. Los contratos, t.II, p.19).

Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.

Podemos definir la promesa como *"un contrato en virtud del cual las partes se obligan recíprocamente a la celebración de un negocio futuro que se indica en su integridad, y que deberá perfeccionarse dentro de un plazo o al cumplimiento de una condición prefijada"*. (Gabriel Escobar Sanín, *Negocios Civiles y Comerciales*, II, 1994, biblioteca jurídica Diké, p.503). Es un contrato que ha sido calificado de *"exótica configuración legal"* por razón de las solemnidades que exige, en especial por la exigencia de escritura que contraría a los principios jurídicos fundamentales de la consensualidad y de la autonomía de la voluntad.

La Corte Suprema de Justicia conserva íntegramente las exigencias normativas y ha aumentado los requisitos esenciales para su validez, tales como la indicación de Notaría, linderos, y número de matrícula inmobiliaria en inmuebles y el señalamiento de términos de condición, so pena de nulidad absoluta. La misma Corte ha destacado la importancia económica del contrato de promesa al expresar que *"hoy como entonces, es un hecho indiscutible que la promesa de contratar ha alcanzado señalada importancia en el comercio y ha logrado sobreponerse a los perjuicios que antaño suscitara; a ella se recurre para asegurar de una vez los resultados de un negocio que los interesados no pueden o no quieren cumplir de inmediato, pero procuran mediante ella, garantizar de antemano sus condiciones; tal ocurre con las transacciones sobre mercancías por fabricar y en general sobre cosas futuras. A ella acuden con inusitada frecuencia las empresas urbanizadoras y constructoras, quienes en las crecientes transacciones inmobiliarias determinadas por el enorme desarrollo urbano y el auge de la parcelación de la propiedad rural, encuentran en ella la forma de facilitar a sus clientes la inversión de sus ahorros con la concesión para largos plazos, etc."* (Sentencia Agosto 20 de 1985, J. y D. t IV, pp.843 a 844).

1.- Requisitos Esenciales de la Promesa.

Para la validez jurídica del contrato de promesa, el art. 89 de la Ley 153 de 1887 que modificó el texto del art. 1611 del C.C. , estableció como requisitos esenciales del negocio, los siguientes:

"La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes:

Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.

- 1a) Que la promesa conste por escrito;*
- 2a) Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 del Código Civil;*
- 3a) Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato;*
- 4a) Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionar /o solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales".*

En el primero de los requisitos señalados se exige a los contratos civiles la solemnidad del escrito, lo cual de por sí contaría el principio de consensualidad que es norma general en la mayoría de los contratos. Se alega en su favor seguridad para los contratantes y protección especial a tales contratos.

El segundo de los requisitos se refiere a la concurrencia de las condiciones señaladas por el art. 1502, no al 1511 del C. C., como erróneamente se lee en la norma. Tales requisitos son los antes citados de capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos, primordiales para que toda declaración de voluntad sea válidamente creadora de obligaciones.

El requisito tercero es el de determinación de un plazo o condición para la celebración del contrato, lo cual concuerda con el principio general de la libertad negocial que se vería afectado ante la inexistencia de plazo o condición para celebrar el contrato, pues, obligaría a los contratantes a mantener indefinidamente vinculado su patrimonio a otras, además de afectar la eficacia de las relaciones económicas.

La Corte ha sostenido de manera enfática que para cumplir la exigencia consagrada en el numeral 3o del art. 89 de la Ley 153 de 1887, "*...No puede acudirse a un plazo indeterminado ni a una condición indeterminada, porque ni el uno ni la otra, justamente por su indeterminación, son instrumentos que sirvan para cumplir el fin perseguido, que es el señalamiento de la época precisa en que ha de celebrarse la convención prometida...*" (G.J. Tomos LXXXV, Pág. 59, y CLXXII, pág. 122).

El requisito final de validez de la promesa es el de la determinación del contrato futuro, lo que conlleva la determinación del objeto del contrato prometido, la determinación del precio,

Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.

la determinación del bien incluyendo linderos y de la notaría en la que ha de otorgarse la escritura de compraventa cuando la promesa versa sobre inmuebles

III.- SOBRE LA CONFESIÓN FICTA

El artículo 205 del Código General del proceso, dispone lo siguiente, para el evento en que la parte citada a interrogatorio no se haga presente:

“La inasistencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles contenidas en el interrogatorio escrito.

La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la demanda y en las excepciones de mérito o en sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca, o cuando el interrogado se niegue a responder sobre hechos que deba conocer como parte o como representante legal de una de las partes.

Si las preguntas no fueren asertivas o el hecho no admitiere prueba de confesión, la inasistencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder se apreciarán como indicio grave en contra de la parte citada.”

Tal como se explicó en los antecedentes de este Laudo, el representante legal de la parte convocada no concurrió a rendir el interrogatorio de parte, por lo que el Tribunal estará a lo dispuesto en la norma transcrita y tendrá como ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la demanda. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, son susceptibles de confesión los hechos sobre los que la ley no requiera otro medio de prueba:

“...Salvo que la ley misma exija una prueba determinada como requisito ad solemnitatem o ad probationem del acto o contrato, en el ordenamiento probatorio actualmente en vigencia tanto la confesión judicial como la extra-judicial son pruebas eficaces para demostrar hechos

Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.

litigiosos . (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, noviembre 8 de 1974. Ponente: D.J.M.E.S.)

Concluye, pues el Tribunal, que la confesión ficta tiene el mismo valor probatorio que la real y expresa, por lo tanto, se tendrán por ciertos los hechos susceptibles de este medio de prueba contenidos en la demanda, salvo que en el proceso aparezca prueba en contrario.

IV. NORMAS DE ORDEN PÚBLICO VIOLADAS POR LA PARTE CONVOCANTE

Por otra parte, no deja de ser reproachable la conducta contractual desarrollada por la parte demandada CONSTRUCCIONES PEÑALISA SAS, quien como ha quedado evidenciado a lo largo del periodo probatorio, faltó gravemente a sus deberes como comerciante en desmedro de los derechos que consumidor le asisten a la parte Convocante. En consecuencia, encuentra este Tribunal tipificada la violación del artículo 3º Numeral 1 de la Ley 1480 DE 2011, el cual, en su tenor literal dice:

“ARTÍCULO 3o. DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS. Se tendrán como derechos y deberes generales de los consumidores y usuarios, sin perjuicio de los que les reconozcan leyes especiales, los siguientes:

1. Derechos:

1.1. Derecho a recibir productos de calidad: Recibir el producto de conformidad con las condiciones que establece la garantía legal, las que se ofrezcan y las habituales del mercado.(...)”

Dado que según el artículo 4º de la precitada Ley, las normativa en ella contenida es de orden público, este Tribunal, de oficio, ordenará compulsar copias la Superintendencia Delegada para Defensa del Consumidor para lo de su competencia, allegando copia integral del laudo y de las piezas probatorias recaudadas en el transcurso del presente proceso.”

Bajo la anterior consideración, y dado que el artículo 4º de la precitada Ley establece que la naturaleza jurídica de las preceptivas en ella contenida son de orden público, este Tribunal,

Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.

de oficio, ordena compulsar copia integra del laudo del expediente a la Superintendencia Delegada para la Protección del Consumidor, para que adopte las decisiones que en el ámbito de su competencia correspondan.

IV.- CONCLUSIÓN DEL TRIBUNAL

La constructora adquirió una serie de obligaciones como gestora y administradora del proyecto Peñalisa Reservado, cuyo fin último era hacer posible el cumplimiento del compromiso adquirido en el contrato prometido, es decir, permitir que los demandantes pudiesen disfrutar del inmueble cuya copropiedad adquirirían, en los términos previstos en el contrato de venta y no lo hizo.

Así las cosas y con base en lo antes expuesto, este Tribunal procederá a ordenar las restituciones a que haya lugar, puesto que con base en el recaudo probatorio se tiene que la parte convocada (promitente vendedora) incumplió lo pactado en la promesa de compraventa y teniendo como base el plano de igualdad con que ambas partes concurrieron a este Tribunal se tiene que la Promitente Vendedora incumplió el contrato por cuanto ni entregó el inmueble ni firmó la correspondiente escritura pública, ni estuvo presta a hacerlo en los términos en que el contrato especificó. El Tribunal anota que la parte convocada no ha probado ninguna causal de justificación del incumplimiento contractual, tales como ausencia de culpa, hecho de la víctima, hecho de un tercero, fuerza mayor o caso fortuito. Por lo tanto, no ha desvirtuado la presunción de culpa que opera en su contra ni ha probado hecho alguno constitutivo de excepción perentoria, tal como lo declarará el Tribunal.

Por todo lo anterior, se ordenará a la Promitente Vendedora que restituya el valor que recibió de manos de los Compradores equivalente a la suma de CIETO OCHENTA Y CUATRO MILLONES SESENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS VEINTIOCHO PESOS (\$184.065.228), con su correspondiente actualización monetaria a la fecha.

CÁLCULO DE ACTUALIZACIÓN

VALOR HISTÓRICO		184.065.228
FECHA INICIAL		4/06/2015
FECHA FINAL		19/12/2018

Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.

A continuación, se procede a actualizar la cifra de **\$184.065.228** con base en la variación del índice de precios al consumidor, certificado por el **DANE**

Metodología del cálculo:

Se toma el valor histórico de **\$184.065.228**

El valor se actualiza con base en la variación del índice de precios al consumidor certificado por el **DANE**, desde el 4 de junio de 2015 hasta el 19 de diciembre de 2018.

Para el cálculo, se toma el IPC acumulado al mes anterior de cada fecha, esto es el IPC al 31 de mayo de 2015 y el IPC al 30 de noviembre de 2018 certificados por el DANE.

Para realizar el cálculo se aplicó la siguiente formula:

$$VA = M \times (IPC \text{ Final} / IPC \text{ Inicial})$$

Donde:

- VA= Valor actualizado
- M = Monto Inicial (valor histórico)
- IPC= Índice de precios al consumidor
- IPC Final = IPC aplicable para la fecha final. Se utiliza el IPC acumulado a noviembre 30 de 2018
- IPC Inicial = IPC aplicable para la fecha inicial. Se utiliza el IPC acumulado a mayo 31 de 2015

El resultado del cálculo fue, que el valor histórico total de **\$184.065.228**, actualizado con la variación del índice de precios al consumidor IPC certificado por el **DANE**, desde la fecha inicial 4 de junio e 2015 hasta la fecha final diciembre 19 de 2018, ascendió a la suma de **\$ 215.595.549**

Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.

Valor historico	Fecha inicial	Fecha final	IPC acumulado a mayo de 2015	IPC acumulado a noviembre de 2018	Factor de actualización (E/D)	valor actualizado al 19 de diciembre de 2018 (A) x (F)
A	B	C	D	E	F	G
184.065.228	4/06/2015	19/12/2018	121,95	142,84	1,171299713	215.595.549

V.- JURAMENTO ESTIMATORIO

El artículo 206 del C.G.P. establece que quien pretenda el reconocimiento “*de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras*”, debe prestar juramento discriminando cada uno de sus conceptos, y “*Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada*”. De acuerdo con el parágrafo de la misma norma, “*También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas. [] La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte*”.

Las sanciones en mención proceden, entonces, en dos eventos; el primero se da si la cantidad estimada en el juramento excede al menos en el 50% a la que resulta probada en el proceso, lo cual implica un ejercicio de comparación numérico, sin perjuicio de la evaluación de la conducta de las partes, en la medida en que la sanción legal está encaminada al control de actuaciones ligeras, temerarias, negligentes o de mala fe; y el segundo se presenta cuando se

Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.

niegan las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios o, en otras palabras, por falta de acreditación de los conceptos que supuestamente se constituían en daño, lo que se traduce en alegación de perjuicios ficticios o inexistentes a efectos del proceso, por negligencia o temeridad del demandante.

En el presente proceso, en la medida en que el Tribunal accederá a las pretensiones de la demanda, no procede la imposición de la sanción a que se refiere la reseñada ley procesal.

VI. COSTAS Y CONDUCTA DE LAS PARTES.

Sobre costas, el artículo 365 del Código General del Proceso dispone:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto. [...]. 3. La condena se hará en la sentencia [...]. En la misma providencia se fijará el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación. [...] 6. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión. [...] 9. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

Las costas se encuentran compuestas por las expensas, que son aquellos gastos judiciales en que las partes incurrieron por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como *“los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso”* (Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, Art. 2º). Ambos rubros, expensas y agencias en derecho, conforman el concepto genérico costas.

Por consiguiente, a continuación, se procede a liquidar las costas que deberán ser pagadas por CONSTRUCCIONES PEÑALISA S.A.S. a favor de JUAN FERNANDO MARTÍNEZ JARAMILLO Y MARTHA OMAIRA OLMOS SIERRA, incluyendo no sólo el valor de los gastos en que incurrió

Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.

ésta durante el desarrollo del proceso, sino también el de las correspondientes agencias en derecho, las cuales serán fijadas en lo correspondiente a los honorarios del árbitro, es decir, en la suma de OCHO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL PESOS (\$8.437.000.00)

Dicho valor se señala teniendo en la cuenta la cuantía del proceso, la duración del mismo y el número de actuaciones surtidas.

En este orden de ideas, el Tribunal procede a liquidar la condena en costas a cargo de la parte demandante, así:

Honorarios del árbitro (incluido IVA)	\$ 10.040.030.00
Honorarios de la Secretaria (incluido IVA)	\$ 5.020.015.00
Gastos de Adm. del Centro de Arbitraje	\$ 5.020.015.00
Gastos de Funcionamiento	\$500.000.00
Agencias en derecho	\$ 8.437.000.00
TOTAL:	\$ 29.017.060.00

El valor total de las costas corresponde a la suma de **VEINTINUEVE MILLONES DIECISIETE MIL SESENTA PESOS (\$29.017.060.00)**

Conducta de las partes: Lo decidido en materia de costas no impide mencionar que, no obstante el contexto general de confrontación entre las Partes, incluso expresado en distintos foros judiciales, la conducta de las mismas al interior de este proceso, canalizada a través de la actuación de sus apoderados, se desarrolló en forma adecuada (artículo 280 CGP).

TERCERA PARTE. DECISIÓN

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Arbitral constituido para dirimir las controversias suscitadas entre, JUAN FERNANDO MARTÍNEZ JARAMILLO Y MARTHA OMAIRA OLMOS SIERRA, de una parte, y CONSTRUCCIONES PEÑALISA S.A.S., de la otra, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley y habilitación de las Partes,

Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.

RESUELVE

Primero.- Declarar no probadas las excepciones formuladas por la parte convocada por los motivos expuestos en la parte motiva de este Laudo.

Segundo.- Declarar que la sociedad **CONSTRUCCIONES PEÑALISA S.A.S.**, en calidad de promitente vendedora, incumplió el Contrato de Promesa de Compraventa de Bienes Futuros – Fideicomiso Peñalisa Reservado No. 10043115691-2 de fecha 14 de octubre de 2014, suscrito con **JUAN FERNANDO MARTÍNEZ JARAMILLO** y **MARTHA OMAIRA OLMOS SIERRA** en calidad de promitentes compradores al igual que sus otrosíes suscritos el 2 de febrero de 2015 y el 6 de julio de 2015. Prospera la pretensión No. 1

Tercero.- Como consecuencia de la anterior declaración de incumplimiento del contrato, CONDENAR a la parte convocada **CONSTRUCCIONES PEÑALISA S.A.S.**, a restituir a la parte convocante, **JUAN FERNANDO MARTÍNEZ JARAMILLO** y **MARTHA OMAIRA OLMOS SIERRA**, el valor entregado por ésta como parte del precio del inmueble prometido, suma que indexada a la fecha del presente Laudo Arbitral, asciende a doscientos quince millones quinientos noventa y cinco mil quinientos cuarenta y nueve pesos m/cte (**\$ 215.595.549**) y que deberá pagarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia. Prosperan las pretensiones Nos. 2 y 3 de la demanda.

Cuarto.- Declarar que a partir de la fecha de ejecutoria de este Laudo se devengarán intereses moratorios a la más alta tasa que sea legalmente procedente sobre el valor de la condena, hasta su pago efectivo, sin perjuicio de la eventual interposición del recurso de anulación . Prospera la pretensión No. 4 y 5

Quinto.- Condenar a **CONSTRUCCIONES PEÑALISA S.A.S.** a pagar a **JUAN FERNANDO MARTÍNEZ JARAMILLO** y **MARTHA OMAIRA OLMOS SIERRA**, a título de costas, la suma de **VEINTINUEVE MILLONES DIECISIETE MIL SESENTA PESOS (\$29.017.060.00)**, en consecuencia, prospera la pretensión No. 6.

Sexto.- Declarar que no hay lugar a aplicar las sanciones de que trata el artículo 206 del C.G.P.

**Tribunal Arbitral de
Juan Fernando Martínez Jaramillo y Martha Omaira Olmos Sierra
Vs
Construcciones Peñalisa S.A.S.**

Séptimo.- Declarar causado el saldo de los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaria, por lo que se ordena realizar los pagos correspondientes, de conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1563 de 2012 y teniendo en cuenta la contribución especial arbitral establecida en el artículo 22 de la Ley 1743 de 2014 –modificado por el artículo 362 de la Ley 1819 de 2016-. En la oportunidad legal, el Presidente hará la liquidación final de gastos y devolverá, si a ello hubiere lugar, el saldo a las partes.

Octavo. Ordenar, de oficio, compulsar copia integral del laudo del expediente a la Superintendencia Delegada para la Protección del Consumidor, para que adopte las decisiones que en el ámbito de su competencia correspondan.

Noveno.- . Ordenar la expedición de copias auténticas de este Laudo con las constancias de ley y con destino a cada una de las Partes.

Decimo.- Disponer que en firme esta providencia, el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (Art. 47 de la Ley 1563 de 2012).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue notificada en estrados.

**OSCAR IBÁÑEZ PARRA
ÁRBITRO ÚNICO**

**LYDA MERCEDES CRESPO RIOS
SECRETARIA**